

ARTYKUŁY I ROZPRAWY ARTICLES AND TREATISES

Krzysztof Pałeczki

STANISŁAW ESTREICHER – ZAPOMNIANY MISTRZ BRONISŁAWA MALINOWSKIEGO

1. Poszukiwanie inspiracji naukowej posiada, niezależnie od zaspokojenia ciekawości w rodzaju: „skąd on to wziął?”, przynajmniej jeszcze dwa walory. Nade wszystko pozwala lepiej zrozumieć dane dzieło naukowe, nie tylko jego założenia, ale i rozstrzygnięcia końcowe. A dodatkowo umożliwia prawidłową ocenę oryginalności myśli oraz ocenę wkładu uczonego do zastanego stanu wiedzy. W wypadku Bronisława Malinowskiego ujawnia się jeszcze jeden, szczególny powód do poszukiwania genezy jego dorobku naukowego. Powód będący następstwem skomplikowanej biografii tego uczonego. Zazwyczaj bowiem dosyć łatwo można ustalić zarówno osoby, jak i dzieła, które wywarły znaczący wpływ na sposób uprawiania nauki i jego rezultaty u danego badacza. Odpowiedź na pytanie: „kto był jego intelektualnym (i ewentualnie, osobowościowym) mistrzem?”, najczęściej nie sprawia historykom nauki większych kłopotów. Ale Bronisław Malinowski „pojawił się” w nauce światowej jako „człowiek znikąd”, z mglistych, prawie nieznanych na Zachodzie zaulków intelektualnych ówczesnej „Wschodniej Europy”, ze społeczeństwa o którego świetnej przeszłości już chętnie i po części intencjonalnie zapomniano i które nie mogło eksponować swojego dorobku na międzynarodowej arenie wiedzy, jako suwerenny politycznie twór. W takich właśnie warunkach historycznych, w pierwszych latach XX w., rozpoczyna się naukowa kariera Bronisława Malinowskiego, wchodzącego do kręgu społecznej nauki brytyjskiej, wciąż jeszcze

w wielu dyscyplinach przodującej, ale już mającej szybko wzrastającego, „globalnego”, północno-amerykańskiego konkurenta. W latach 1910–1913 Malinowski był jeszcze jednym z wielu „egzotycznych” słuchaczy London School of Economics, chociaż z zainteresowaniem niekiedy słuchanym przez wąskie grono kolegów. Na piedestał nauki „światowej” dostał się dopiero po 1927 r., gdy objął pierwszą katedrę antropologii, jako profesor Uniwersytetu Londyńskiego. Znaczna część jego późniejszych osiągnięć naukowych dokonywała się pod tą właśnie, znakomitą „firmą”; jako brytyjskiego profesora, twórcy „brytyjskiej etnologii kultury” lub/i „brytyjskiego badacza terenowego” itp., itd. Gdy przedstawiano go, już znacznie później, do doktoratu *honoris causa* na Uniwersytecie Harvarda (1936 r.), w laudacji tak właśnie go tytułowano, zaledwie zaznaczając grzecznościowo jego „polskie pochodzenie”. A przecież, gdy młody Bronisław przybył do Londynu, miał już w kieszeni znakomity doktorat z filozofii, uzyskany na Uniwersytecie Jagiellońskim (*O zasadzie ekonomii myślenia*, 1908 r.), miał też za sobą wiele lat pobierania nauk w Krakowie, wiele lat wsłuchiwania się i udziału w intelektualnym dyskursie jednego z najznakomitszych ówczesnych środowisk naukowych, artystycznych i politycznych, środowiska, którego przedstawiciele nie tylko studiowali na uczelniach Wiednia, Paryża, Berlina, w Heidelbergu czy Petersburgu, ale i poprzez swoje uczestniczenie w badaniach i wykładach, wywierali „zwrotnie”, liczący się wpływ na kształt oferowanej wszędzie tam wiedzy. Czy nie jest zatem zasadne postawienie pytania o „przed-brytyjskie” inspiracje naukowe Bronisława Malinowskiego, pytania o „wyjściową”, „pierwotną” genezę jego „podejścia” naukowego, jego założeń teoretycznych i empirycznych, świata jego problemów, pojęć i generalizacji.

W tej pracy stawiamy sobie zadanie dosyć w tej kwestii uproszczone; chcemy pokazać w jakim stopniu wpływ jednego tylko człowieka, Stanisława Estreichera, mógł uformować najwcześniejszą wiedzę początkującego adepta nauki, studenta, absolwenta i młodego doktora Uniwersytetu Jagiellońskiego, Bronisława Malinowskiego. Wpływ człowieka, którego ten ostatni zawsze uważał za swojego mistrza, „swojego profesora”, a z upływem czasu, za swojego przyjaciela. Trzeba będzie zatem odsłonić najważniejsze myśli Stanisława Estreichera, często będące powszechnymi prawdami jego czasów i jeszcze bardziej jego intelektualnego środowiska, a które pojawiają się później w dziełach Bronisława Malinowskiego, często w nowej redakcji lub jako swoiste „punkty odniesienia” w podejmowanej przez niego polemice. Niezależnie jednak od

tego czy pozostawał im wierny, czy też podnosił wobec nich zarzuty, nawet przy pobieżnym tylko oglądzie łatwo można zauważyć, że zostały one trwale „zakotwiczone” w świadomości intelektualnej Malinowskiego, w jego aksjologii i w jego postrzeganiu świata. „Uczony znikąd”, patrząc bardziej wnikliwie, okazuje się być wtedy przybyszem z określonego akademickiego *milieu*, posiadać interesujący naukowy rodowód, którego tylko niesprzyjające okoliczności pozbawiły odpowiedniego, ekstensywnego upublicznienia.

Co do zakresu przedmiotowego zaprezentowanego wyżej stanowiska, uwagę swoją skupimy głównie na problemie tzw. „prawa pierwotnego”, dokładnie; prawa społeczeństw przedpaństwowych („dzikich”, „niecywilizowanych”, „prymitywnych” itp.). Wstępnie zastanawia już to, że dla Bronisława Malinowskiego „prawo pierwotne” było problem niewspółmiernie ważniejszym i bardziej złożonym, niż dla większości współczesnych mu antropologów, u których ledwo zaznaczał się on gdzieś, z reguły w kontekście rozważań o zwyczajach i religii „dzikich”, a z których niektórzy tylko zaczęli znacznie później podążać w tej materii „jego śladem”¹. W tej kwestii nie będziemy się dalej wypowiadać, ale nie powstrzymuje to nas od hipotetycznego twierdzenia, iż tak intensywne zainteresowanie Malinowskiego genezą prawa (przecież filozofa z wykształcenia i początkowo badacza raczej problemów epistemologicznych), jest następstwem jego kontaktu z osobą i naukami Stanisława Estreichera, który nade wszystko, oprócz licznych swoich innych kwalifikacji i funkcji publicznych, był znakomitym historykiem prawa. To właśnie na jego wykładach o początkach prawa (frankońskiego, niemieckiego, polskiego i innych), Malinowski, podówczas jeszcze student filozofii, miał okazję pierwszy raz usłyszeć o koncepcji ewolucji prawa². W *Programie* tych wykładów³, sporządzonym, nawiasem mówiąc, w niewiele lat po upowszechnieniu się w kon-

¹ Por. C. Znamierowski, *Przedmowa* do: B. Malinowski, *Prawo. Zwyczaj. Zbrodnia w Społeczności Dzikich*, Altaya 2001 (1926), s. IX i nast. Sam Bronisław Malinowski szeroko uzasadnia konieczność zajęcia się w etnologii „prawem pierwotnym” i podejmuje w tej materii polemikę z koncepcjami prawa u Radcliffe-Browna oraz Roscoe Pounda, ibidem, s. 7, 10, 46 i n. Trudno byłoby również zakwestionować znaczenie prac Malinowskiego dla szczególnej, współcześnie rozwijanej dyscypliny naukowej, antropologii prawa. Chcielibyśmy również w tej pracy zwrócić uwagę na nigdzie nieeksploatowane, wcześniejsze zasługi dla tejże nauki, Stanisława Estreichera.

² Patrz: M. Patkaniowski (red.), *Studia z dziejów Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków 1964, s. 233.

³ „*Programie*” zachowanym w Archiwum Głównym Akt Dawnych w Warszawie /46u-F5, fasc.14/.

tyntentalnej nauce prawa, prekursorskiego *Ancient Law* Sir Henry Sumnera Maine'a⁴ (bo już w 1894 r.), Estreicher szeroko wyjaśnia potrzebę przebadania „przyczyn powstawania, kwitnięcia i obumierania instytucji prawniczych”⁵. W rozwinięciu tej idei, w *Programie* pojawia się problematyka „pierwotnej” własności ziemi, „pierwotnych” zasad dziedziczenia, „pierwotnych” stosunków rodzinnych, podstaw obowiązywania prawa, stosunku do „czarownictwa” i innych, których wyraźne ślady bez trudu odnajdujemy w licznych późniejszych badaniach i pracach Bronisława Malinowskiego⁶. Bez wątpienia również pierwszy raz, z tego samego źródła, dowiedział się Malinowski o meandrach uniwersalnego ewolucjonizmu Herberta Spencera i społecznego ewolucjonizmu Augusta Comte'a oraz Emila Durkheima, a także o pionierskich pracach etnograficznych E.B. Tylora, L.H. Morgana, F. Boasa, czy R. Benedict, o dyskursie nad pochodzeniem prawa „germańskiego” wśród przedstawicieli tzw. niemieckiej szkoły historycznej (F.K. Savigny, F. Puchta, O. Gierke, R. Ihering i inni), a zapewne jeszcze o wielu innych kierunkach i uczonych⁷.

2. Jeżeli, jak mamy podstawy sądzić, tak było, to wypada na chwilę zastanowić się nad charakterem owej szczególnej zależności pomiędzy Stanisławem Estreicherem a Bronisławem Malinowskim. Co kryje się pod nieco enigmatycznym stwierdzeniem, do którego usiłujemy przekonać czytelnika, że ten pierwszy był „mistrzem” drugiego? Z pewnością można sformułować taki wniosek przy dosyć szczególnym rozumieniu uprawiania zawodu uczonego. Sądzymy mianowicie, że w naukach o społeczeństwie całkowita oryginalność podstawowych twierdzeń sformułowanych w „czystej”, „nieskażonej” zapożyczonymi myślami

⁴ Pierwsze wydanie przez John Murray, Albemarle Street, Londyn 1861.

⁵ Patrz: M. M. Patkaniowski, *Studia z dziejów Wydziału Prawa...*, op.cit., s. 229

⁶ Patrz: B. Malinowski, *Prawo, zwyczaj, zbrodnia...*, op.cit. „Wprowadzenie”, s. 6 i n. Szczególnie [w:] *System własności ziemskiej*, tłum. A. Bydłoń, [w:] *Świat człowieka – świat kultury*, red. E. Nowicka, M. Głowacka-Grajper, Warszawa 2007, s. 553, przedruk z oryginału: *Coral Gardens and Their Magic. A Study of the Methods of Tilling the Soil and Agricultural Rites in the Trobriand Islands*, London 1935.

⁷ Akurat później, właśnie Estreicher poddał koncepcje dwóch z nich, von Savigniego i Rudolfa Iheringa, surowej i dobrze znanej w środowisku prawników krytyce. Pierwszego, za tłumaczenie podobieństw zwyczajów germańskich, mistycznym „Volksgeist”, a R. Iheringa, za „podsuwanie ludom pierwotnym poglądów zapożyczonych z naszego zasobu myśli”; patrz: S. Estreicher, *Początki prawa umownego*, Kraków 1901, s. 4, 10 i n. Przy tej okazji uściślił jako pierwszy koncepcję „ludu pierwotnego”, obecną w pracach chyba wszystkich koryfeuszy antropologii kultury (i prawa), określając empiryczne kryteria kwalifikujące do desygnatów tego terminu. Ibidem, s. 25 i n.

„innych” formie, po prostu nie istnieje. Sądzymy również, iż staranny, źródłowy ogląd biografii danego uczonego, ujawni niemal zawsze jego „mistrzów” (lub mistrza). Zawód uczonego ma bowiem wiele wspólnego z rzemiosłem; do własnego sposobu jego uprawiania dochodzi się w procesie pozyskiwania wiedzy, zawsze od kogoś znaczącego. Uчени posiadają więc „mistrzów”, którzy ich intelektualnie uformowali pośrednio, poprzez swoje dzieła i tylko poprzez nie, bez osobistego kontaktu (często w ogóle niemożliwego). Zdarzają się jednak, wcale nie tak rzadko, przykłady mistrzów, którzy oddziałują w co najmniej równym, o ile nawet nie w większym stopniu, bezpośrednio, poprzez swój osobisty kontakt z „ucznem”. W zależności od tego, co okazuje się finalnie dla dorobku naukowego danego uczonego ważniejsze, można w uproszczeniu mówić o „mistrzach poprzez dzieła” i o „mistrzach poprzez osobowość”. Otóż w rozważanej tutaj zależności „mistrza do czeladnika”, Stanisław Estreicher wydaje się odgrywać podwójną rolę, występować w obu tych rodzajach mentorstwa, w różnym czasie. Podczas krakowskich studiów Bronisława Malinowskiego, to jego wykłady, odczyty i prace stały się dla młodego Bronisława, w sposób mniej lub bardziej uświadamiany, jego późniejszą „bazą intelektualną”. Z czasem jednak, pomimo dzielącej ich różnicy wieku (15 lat), ten pierwszy stał się dla tego drugiego nie tylko wzorem uczonego, intelektualnym autorytetem, ale również w wielu, także osobistych sprawach, cennym doradcą, aby w końcu stać się jego przyjacielem⁸. Tego złożonego procesu nie sposób oddzielić – jak sądzimy – od biografii samego „mistrza”, swoją drogą, w początkach bardzo podobnego do biografii jego „ucznia”.

2. Stanisław Estreicher, podobnie jak Malinowski, urodził się w znanej rodzinie profesorów Uniwersytetu Jagiellońskiego, w 1869 r. Jego pradziad, Alojzy Rafał Estreicher (1786–1852) był profesorem i rektorem tegoż uniwersytetu, wybitnym botanikiem i założycielem jednego z pierwszych w Europie ogrodów botanicznych (funkcjonującym w niezmienionych założeniach naukowych do dzisiaj). Dziadek, Karol Estreicher (zwany „starszym”; 1827–1908), zasłynął jako historyk literatury polskiej i przez wiele lat, wybitnie zasłużony dyrektor uniwersyteckiej Biblioteki Jagiellońskiej. Stanisław, podobnie jak jego

⁸ W tzw. „*Zbiorach Estreicherowskich*” Towarzystwa Przyjaciół Sztuk Pięknych w Krakowie, Towarzystwa, którego syn Stanisława Estreichera, Karol (określany jako „młodszy”) był przez wiele lat prezesem, zachowały się listy i pocztówki z licznych podróży Malinowskiego do jego „Drogię Stanisława”, a nawet „Kochanego Stanisława”, świadczące o stopniu ich zażyłości.

brat, Tadeusz, profesor chemii, podjął studia na Uniwersytecie Jagiellońskim, ale na Wydziale Prawa. Jego zainteresowania od samego początku odbiegały jednakże dosyć daleko od większości, zazwyczaj wąsko dogmatycznych wykładów prawniczych. Wyjątkiem były wykłady profesora Lotara Darguna⁹. Ten bowiem, nie tylko prawnik, ale przede wszystkim wybitny humanista i historyk, swoimi badaniami nad „prawem pierwotnym” i początkami ustroju państwowego, swoją wiedzą prawną-porównawczą, etnograficzną i socjologiczną, wzbudził entuzjastyczne zainteresowanie Stanisława Estreichera, który wkrótce zaczął uznawać go za swojego z kolei mistrza, a w relatywnie krótkim czasie (po śmierci Darguna w 1893 r.), stał się jego następcą, jako kierujący katedrą historii państwa i prawa niemieckiego¹⁰. Uznał też za swój obowiązek rozwijać dalej jego badania nad prawem, ale w zakresie znacznie wybiegającym czasowo i horyzontalnie poza historię prawa niemieckiego i polskiego, posługując się metodami porównawczymi, wiedzą etnologiczną (etnograficzną), politologiczną i socjologiczną. Metody te, co do zasad ich stosowania zapożyczone od Lotara Darguna oraz przedstawicieli tzw. krakowskiej szkoły historycznej (zwłaszcza Michała Bobrzyńskiego i Bolesława Ulanowskiego), Estreicher z powodzeniem stosował w badaniach nad problematyką początków prawa rodzinnego, prawa własności, prawa ustrojów politycznych, a w szczególności, w najwyżej cenionych badaniach nad początkami prawa umownego¹¹. Zapewniły mu one stanowisko profesora i uznanie przekładające się wkrótce na powołanie na stanowisko dziekana Wydziału Prawa, Uniwersytetu Jagiellońskiego (lata 1911–1927), stanowisko rektora tego uniwersytetu (lata 1919–1921) oraz prorektora (lata 1921–1922).

Wypada w tym miejscu wspomnieć o cyklu jego prac poświęconych „prawu starożytnemu”, w tym kodeksowi Hammurabiego, niemal natychmiast po jego odkryciu, w 1902 r. w Suzie, (bo już w 1905 r. ukazuje się jego opracowanie przez Estreichera: *Kodeks Hammurabiego*; później, w 1931 r.: *Najstarsze kodeksy prawne świata, Kultura prawnicza Zachodniej Azji w drugim tysiącleciu przed Chrystusem* i inne). Wszystkie one charakteryzowały się niezwykle – jak na ówczesny stan nauk historycznych – wiedzą etnograficzną oraz ar-

⁹ I w pewnym stopniu wykłady profesorów Michała Bobrzyńskiego oraz Bolesława Ulanowskiego.

¹⁰ Patrz: M. Patkaniowski, *Studia z Dziejów Wydziału Prawa...*, op.cit., s. 232 i n.

¹¹ Michał Patkaniowski pisał o nich: „Początki prawa umownego”, *napisane przed 60 laty, dzieło ogromnej erudycji, może do dziś służyć za wzór obiektywnej metody naukowej*, [w:] *Studia z Dziejów Wydziału...*, op.cit., s. 233.

gumentacją zdyscyplinowaną klarownie wyłożonymi założeniami badawczymi. Z pewnością Kodeks Hammurabiego wzbudził tak silne zainteresowanie Stanisława Estreichera również (a może przede wszystkim) dlatego, że został przez niego potraktowany jako jeden z „koronnych” dowodów na ewolucyjny charakter zjawisk kulturowych, w tym dla niego zjawiska najważniejszego, systemu prawa. Swoje przekonania epistemiczne oraz poglądy dotyczące charakteru rzeczywistości społecznej, a zwłaszcza świata normatywnego, uformował Stanisław Estreicher względnie wcześniej, głównie pod wpływem lektury „pierwszych socjologów”, Augusta Comte’a, Herberta Spencera, Emila Durkheima, co chyba najpełniej wyeksponował potem w cytowanych wyżej *Początkach prawa umownego*. Zadamy sobie trud odtworzenia w zarysie niektórych z tych poglądów, a to z dwóch powodów. Pierwszy dotyczy ograniczeń warsztatowych; przesłedenie wszystkich literalnych podobieństw w sformułowaniach i terminologii Estreichera („mistrza”) i Malinowskiego („ucznią”), z uwagi na ogrom ich dorobku naukowego przekracza możliwości i ramy objętościowe tej pracy. Drugi, ma charakter merytoryczny. „Pokrewieństwo” ich myśli nie zawsze wyrażało się bezpośrednio w używaniu tego samego języka, tej samej terminologii. Byłoby to zresztą niemożliwe. Estreicher używał bowiem form językowych należących wciąż jeszcze do XIX w. (nie tylko w tekstach polskich, ale również np. w niemieckich). Malinowski, z przekonania i kontaktów środowiskowych, „modernista”, używał języka polskiego znacznie bardziej „nowoczesnego” (jemu współczesnego), a potem w ogóle pisał po angielsku (i amerykańsku). Zatem wszystko, co dla ich dorobku naukowego wspólne, daje się wyrazić i zauważyć dopiero na poziomie przyjmowanych przez nich obu, założeń podstawowych. Ale i tutaj trzeba być ostrożnym, bo „późny Malinowski” z czasem zmieniał, uzupełniał lub nadawał bardziej warunkowy tryb wielu generalizacjom „młodego Malinowskiego”, podczas gdy Stanisław Estreicher był znacznie bardziej od niego zachowawczy i w zasadzie trzymał się niezmiennie raz zaproponowanych tez ogólnych. Jednak z kontekstu, przytoczonych przykładów faktograficznych, odautorskich objaśnień, sposobu i doboru argumentacji, w wielu kluczowych kwestiach, których oryginalność przypisuje się zazwyczaj tylko Malinowskiemu, można bez trudu wskazać na bardziej pierwotne ich źródło¹².

¹² Oczywiście to „źródło” nie było wyłącznie autorstwa Stanisława Estreichera, którego tutaj intencjonalnie, na zasadzie *licentia discutionis*, eksponujemy tak, jak gdyby było jedynym. Ale przecież spełnianie roli „mistrza” Bronisława Malinowskiego dotyczy z pewnością i innych uczonych, zarówno od niego „wcześniejszych”, jak i mu współczesnych. Dotyczy także i tych

Czyniąc pierwszy krok w tym kierunku i pozostawiając czytelnikowi decyzję o trafności naszego powyższego przekonania, spróbujemy teraz odtworzyć główne założenia naukowej aktywności Stanisława Estreichera.

3. Naturalizm, często mylony z organicyzmem, był bez wątpienia, nawet nieukrywanym, podstawowym założeniem ontologicznym Stanisława Estreichera¹³, a śmiemy twierdzić, że do dzisiaj jest obecny w przekonaniach większej części środowiska archeologów kultury¹⁴. Rozumiany jako odrzucenie unikalnego charakteru procesów społecznych i przyjęciu za konieczne szeregu zależności pomiędzy „naturą i kulturą”, „somatyką i osobowością”, itp., zależności, których „zawieszenie” (pominięcie) ma charakter wyłącznie analityczny (czyli jest zabiegiem tylko porządkującym tok rozważań lub przebieg doświadczeń), stanowi dla wielu dzisiejszych archeologów, także socjologów, empirycznie zorientowanych badaczy prawa, i innych, podstawę legitymacji do stosowania przyrodniczych metod i technik badań. Alfred L. Kroeber pisał w tej kwestii tak: „Wydaje mi się rzeczą zasadniczą uznanie kultury za »poziom« lub »porządek« zjawisk naturalnych; poziom wyróżniający się pewną szczególną organizacją [...] Wyłanianie się zjawisk życia z bytu nieorganicznego jest przypuszczalnie najwcześniejszym i najbardziej podstawowym zróżnicowaniem takich porządków czy poziomów”¹⁵.

wybitnych uczonych, od których czerpał wiedzę i wzory postępowania naukowego sam Stanisław Estreicher. Chociażby od Lotara Darguna (cytowanego również przez Bronisława Malinowskiego (op.cit., s. 46), a zwłaszcza, jak się okazuje, od Leona Petrażyckiego: patrz badania Jacka Kurczewskiego: *Petrażycki in Melanezia – Where Pospisil and Malinowski Meet*, [w:] *Towards an Anthropology of the Legal Field*, red. T. Ledvinka, K. Varhanik-Wildowa, R. Visinger, Praga 2012, s. 64 i n.

¹³ Por. *Początki prawa umownego*, op.cit., s. 11–12.

¹⁴ I tak np. Jonathan H. Turner, myląc naturalizm z „organicystycznymi formami analizy”, czyni z tego powodu zarzuty Bronisławowi Malinowskiemu. Patrz: H. Turner, *Struktura teorii socjologicznej*, Warszawa 1985, s. 88. Ten ostatni, wzorem Stanisława Estreichera (i nie tylko), naturalistą akurat był, np. pisząc o „biologicznych podstawach ogólnoludzkiego zwyczaju i myśli” (op.cit., s. 5), ale organicyzm, np. w rodzaju „organicystycznych „analogii” Augusta Comte’a, pomiędzy organizacją społeczeństwa a „żywym organizmem”, był mu całkowicie obcy.

¹⁵ A.L. Kroeber, *Istota kultury*, [w:] *Świat człowieka – świat kultury*, Warszawa 2009, s. 280. Wypada zaznaczyć, że ten „synergistyczny” pogląd (w pełni podzielany, chociaż formułowany w innej stylizacji, zarówno przez Stanisława Estreichera, jak i Bronisława Malinowskiego), nie prowadzi bynajmniej Kroebera do wniosków redukcjonistycznych, ale do postulatów metodologicznych: badania „przejawów życia w sposób – również – biologiczny”. Podobnie B. Malinowski, *Prawo, zwyczaj, zbrodnia...*, op.cit., s.18.

Konsekwencją założenia naturalistycznego była widoczna u Stanisława Estreichera niechęć, a niekiedy zjadliwa krytyka szeregu modnych, współczesnych mu ujęć objaśniających życie społeczne. Podstawowe instytucje prawne nie powstały bowiem, według niego, ani z „mądrości ustawodawcy” (anty-racjonalizm), ani z „woli władcy” (przeciwko kreacyjnemu woluntaryzmowi). Nie są także rezultatem jakiejś formy porozumienia (umowy) pomiędzy „zainteresowanymi stronami” (przeciwko koncepcjom umowy społecznej). Ani również nie są konsekwencją „woli ludu”, „ ducha narodu”, „powszechnej ludzkiej psychiki” itp. (to, przeciwko holistycznemu psychologizmowi). Odrzucając koncepcje „uniwersalnej, ponadczasowej psychiki”, która miałaby rzekomo wyjaśniać występowanie podobieństw regulacji normatywnych (w tym prawnych) w społeczeństwach od siebie oddalonych geograficznie, historycznie i cywilizacyjnie, Estreicher stwierdzał: „Dzisiaj rozumować o pobudkach postępowania i myślenia człowieka pierwotnego wedle danych, zaczerpniętych z doświadczenia naszego życia codziennego – jest rzeczą zostającą w sprzeczności z całym kierunkiem nowych badań etnograficznych i historycznych”¹⁶. Błąd „uniwersalnego psychologizmu”, wielokrotnie wypominany przez Estreichera, przy porównywaniu różnych regulacji prawnych¹⁷, odnajdujemy potem w argumentacjach Malinowskiego, ale odnoszących się także do rozmaitych innych niż prawo „fragmentów” kultury¹⁸.

¹⁶ *Początki prawa umownego*, op.cit., s. 12. Warto przy tej okazji zauważyć użycie przez Stanisława Estreichera terminu zaczerpniętego ze słownictwa Leona Petrażyckiego: „pobudki postępowania” (patrz: L. Petrażycki, *O pobudkach postępowania i o istocie moralności i prawa*, Warszawa 1925).

¹⁷ I tak np. na s. 12. *Początków prawa umownego*, pisze: „Pojęcie, że człowiek pierwotny obdarzony jest w podobnej jak my dzisiaj mierze przezornością gospodarczą, że kieruje się w swoich działaniach i urzędzeniach takim samym rozsądkiem, jak ludzie z końca 19-tego wieku /.../ jest wspólną wadą bardzo wielu konstrukcji historycznych, odnoszących się do urzędzeń z odleglejszej przeszłości [...]”. A poniżej stwierdza: „[...] istnieje zupełne przeciwieństwo motywów działania i w ogóle całej psychologii między nami a ludami na najniższym szczeblu cywilizacji” (s. 13). Odwołuje się też Estreicher do osiągnięć naukowych w tej kwestii: „Tymczasem po roku 1880 nastąpiły właśnie studia nad ludami pierwotnymi, a rezultatem ich było w pierwszej linii stwierdzenie zupełnie odmiennej psychologii człowieka natury, aniżeli ustrój psychiczny człowieka cywilizacji”. Ibidem, s. 13.

¹⁸ Chociażby w jego stanowisku dotyczącym form zawierania małżeństwa lub sposobu prowadzenia „polityki plemiennej”. Patrz: *Prawo, zwyczaj, zbrodnia...*, op.cit., s. 32, 87 i n.

4. Konsekwencją przyjęcia naturalistycznej ontologii przez Stanisława Estreichera był jego dosyć specyficzny ewolucjonizm. U jego podstaw łatwo można zauważyć „mieszanekę” myśli Comte’a, Spencera i Durkheima, ale bez ich optymistycznych przekonań progresywnistycznych i z wyraźnym „echem” morganowskiej klasyfikacji dziejów i odniesień do teorii podboju¹⁹. Ewolucja społeczeństw polega na powstawaniu coraz to „obszerniejszych i bardziej zróżniczkowanych organizacji społecznych [...], których przeznaczeniem jest wchłonać w siebie odrębne życie społeczne grup drobniejszych, jako rezultat rozrodzenia jednej i tej samej grupy pierwotnej”. Takie „zjednoczenie rzadko tylko bywa dobrowolne, wywołane wspólnymi potrzebami natury pokojowej czy wojennej. Częściej bywa tym impulsem do zjednoczenia przemoc i podbój ze strony pewnej grupy względem kilku innych, otaczających ją, a więc zbliżonych do niej cywilizacją. [...] Na miejsce podupadającego podziału na grupy [...] zjawia się podział bardziej horyzontalny, na pewne klasy majątkowe, politycznie, zawodowo ze sobą złączone. Zjawiają się różnice w sposobie życia, w obyczajach, w potrzebach, w środkach służących do ich zaspokajania”²⁰. [...] Im dalej idziemy w najstarszą głąb dziejów, tem bardziej zmniejsza się różnorodność warunków życia, różnorodność charakteru rasowego, różnorodność poglądów na świat [...] i tem też większe występuje podobieństwo w pojęciach i urządzeniach ludów zupełnie sobie obcych. W stanie embrionalnym społeczeństw, podobieństwa te są tak wybitne, jak podobieństwa fizjologiczne w świecie zwierzęcym, w tymże stanie”²¹.

5. Opisywanym przez Estreichera ewolucyjnym procesom przyrostu ilościowego pierwotnych zbiorowości ludzi (grup „ściślejszych i obszerniejszych” jak je określał²²), procesom „wchłaniania” jednych przez drugie i ich asymilacji, procesom podziału pracy i różnicowania się struktur, tworzenia się załączków ustroju politycznego, towarzyszą jeszcze inne, szczególne formy dokonującej się ewolucji, na które warto zwrócić uwagę. Z jednej strony następuje grupowa, zbiorowa adaptacja do zmieniających się potrzeb i warunków życia, z drugiej, następuje proces „wyswobodzenia się jednostki” z więzów grupowej

¹⁹ Bezpośrednio odwołuje się do nich Estreicher wielokrotnie. Patrz np. *Początki prawa umownego*, op.cit., s. 28.

²⁰ Ibidem, s. 46–47.

²¹ Ibidem, s. 14.

²² Ibidem, s. 29–30.

solidarności, proces pozwalający na indywidualizację poczynań, na stopniowe uwalnianie się od jednakowych dla wszystkich sposobów życia, prowadzący do jednostkowego upodmiotowienia się, jak byśmy to określili współcześnie. Zauważmy, że taka właśnie koncepcja jest obecna praktycznie w całej twórczości Bronisława Malinowskiego, a zwłaszcza zaznacza się mocniej wtedy, gdy rozważa on „prawne” podstawy wzajemnych zobowiązań poszczególnych członków plemienia²³.

6. Dla Stanisława Estreichera, nic co pojawia się w procesie ewolucyjnym społeczeństwa nie jest ani przypadkowe, ani zbędne. Naucza, że aby się o tym przekonać, trzeba dowolny obiekt kultury umieścić w odpowiednim historycznie kontekście warunków, z powodu wystąpienia których i dla których, dany element powstał i funkcjonuje. Dotyczy to oczywiście i prawa: „Żadne pojęcie i żaden przepis prawa nie powstaje bowiem przypadkowo, ale każdy jest, nieświadomym nawet nieraz, wytworem pewnych ogólnych potrzeb i dążeń [...]”²⁴. Trudno nie zgodzić się, że pobrzmiewa to jak zapowiedź późniejszych koncepcji funkcjonalnych, również u Bronisława Malinowskiego, zdominowanych, przynajmniej do czasu pojawienia się koncepcji dysfunkcji u Roberta Mertona²⁵, zasadą całkowitego pragmatyzmu (teleologicznej niezbędności), wszystkich instytucji istniejących w danym systemie społecznym. W swojej *Anthropology*, Malinowski stwierdza: [...] w każdym typie społeczeństwa, każdy obyczaj, obiekt materialny, idea i wierzenie [...] mają do spełnienia jakiś cel, stanowią niezbędną część działającej całości”²⁶.

Pragmatyzm, jako jedno z przyjętych założeń głównych, nakazuje Stanisławowi Estreicherowi, przy skrupulatnym badaniu dowolnego „urządzenia społecznego” (regulacji normatywnej), z „odległej przeszłości”, zadawać sobie każdorazowo podstawowe pytanie: do czego ono ma służyć? I odpowiedź na nie powinno sprowadzać się do wskazania określonej, ważnej i ponadindywidualnej potrzeby, dla spełnienia której, owe „urządzenie” ma być mniej lub bardziej skutecznym instrumentem. U podstaw takiego podejścia leży przekonanie Estreichera o jednokierunkowości ewolucji całej ludzkości, będącej następstwem identyczności podstawowych potrzeb człowieka, potrzeb, które

²³ Patrz np. *System własności ziemskiej*, op.cit., s. 556 i n.

²⁴ Ibidem, s. 23.

²⁵ Patrz: R. Merton, *Teoria socjologiczna i struktura społeczna*, Warszawa 1982, s. 257.

²⁶ B. Malinowski, *Anthropology*, [w:] *Encyclopedia Britannica*, t. 1, London–New York, 1936, s. 132.

zmiany ewolucyjne muszą w jakimś stopniu zaspokoić (przede wszystkim takich, jak pożywienie, bezpieczeństwo, schronienie i reprodukcja)²⁷. Stąd rozważając i akceptując zalety badań metodą porównawczą – o czym będzie jeszcze mowa – powiada: „bo ta, [metoda – przyp. K.P.] uznaje jednolitość całego ogromu ludów na świecie i idącą zatem jednakowość rozwoju kulturalnego” [...] Kierunek porównawczy, pod którego to hasłem rozwija się niewątpliwie cała nowsza nauka historii prawa, a który zaczyna także, choć wolniej, wywierać znaczny wpływ na inne dziedziny historii ludzkiej kultury, oparty jest oczywiście na tej podstawie, iż uważa się całą ludzkość za jednolitą całość, której poszczególne części przebywają w różnym tempie te same drogi rozwoju”²⁸. To również tłumaczy jego bardziej konkretne stanowisko w kwestii odrębności „kultury germańskiej” (a w zasadzie oryginalności zwyczajów przedpaństwowych plemion germańskich): „odrzuca ona [metoda porównawcza – przyp. K.P.] hipotezę, jakoby ludy germańskie mogły wytworzyć urządzenia zasadniczo odmienne od innych ludów świata i rozwijać je w sposób niepodobny do rozwoju spotykanego gdzie indziej”²⁹. Zbiorową (grupową, plemienną) reakcją na konieczność zaspokojenia uniwersalnych, podstawowych potrzeb, reakcją niekoniecznie uświadomioną, tym bardziej niekoniecznie intencjonalnie skierowaną, jest odpowiedni sposób organizowania się danej zbiorowości, i co z tym nierozłącznie związane, formułowanie reguł postępowania (zwyczajów, religii, prawa) – już niekoniecznie będących „kopiami” gdzie indziej istniejących³⁰.

²⁷ Bronisław Malinowski w tej samej kwestii pisze: „Funkcjonalna teoria etnologiczna pojmuje kulturę jako rzeczywistość instrumentalną. Rzeczą najważniejszą, jeśli chodzi o kulturę, jest to, że pozwala ona człowiekowi zaspokoić jego podstawowe potrzeby, to znaczy potrzeby pokarmu bezpieczeństwa, ochrony przed pogodą i przed otaczającymi niebezpieczeństwami, a także potrzeby prokreatywne”, [w:] *Prawo, zwyczaj, zbrodnia...*, op.cit., s. 17.

²⁸ *Początki prawa umownego*, op.cit., s. 13.

²⁹ Ibidem, s. 15. Na osobną uwagę zasługuje wielokrotne używanie przez Stanisława Estreichera terminu „urządzenie” („urządzenie prawne”), czasami wymiennie stosowanego z „instytucją prawną” (s. 24). Dla niego nie jest to tylko jakaś regulacja normatywna, ale również wszystko co jest związane z praktyką jej stosowania i sankcjonowania. Znana, socjologiczna koncepcja „instytucji” Bronisława Malinowskiego, niebędącej tylko „splotem uregulowań prawnych”, ale obejmująca „grupę ludzi złączonych wspólnym zadaniem [...], rozporządzającą wspólnymi urządzeniami technicznymi i rządzącą się jakimś zespołem reguł”, jest dokładnie tę samą ideą, tylko wyrażoną innym terminem. Por. B. Malinowski, *Prawo, zwyczaj, zbrodnia...*, op.cit., s. 19–20.

³⁰ Por. *Początki prawa...*, op.cit., s. 13. Podobieństwo do takiego podejścia, wykładanego *expressis verbis* przez Estreichera, na przełomie wieków XIX i XX, do znanych koncepcji

7. Założenia i koncepcje metodologiczne Stanisława Estreichera – o czy już wspomniano – są nade wszystko odzwierciedleniem bardziej powszechnych poglądów przedstawicieli tzw. krakowskiej szkoły historycznej, z których co wybitniejsi byli jego akademickimi nauczycielami (i bez wątpienia, „mistrzami”, np. Michał Bobrzyński, Bolesław Ulanowski, Stanisław Tarnowski). „Szkoła” postulowała metodyczną pracę badawczą, opartą na rzetelnych, autentycznych i wieloźródłowych danych empirycznych, komparatystyce, podejściu diachronicznym i odtwarzaniu oryginalnego kontekstu historycznego badanych zdarzeń oraz innych „produktów kulturowych”³¹. Estreicher, wierny tym zasadom, ironicznie krytykował prace niektórych badaczy historii, w szczególności przedstawicieli doktryny prawa natury, określając ich „badania” jako „pracę przygodną i antykwaryczną”³². Dodatkowy i wyraźny wpływ na jego przekonania metodologiczne miały także socjologiczne prace „pierwszego pozytywizmu”, zwłaszcza Augusta Comte’a³³. Od niego „zapożyczył” nieufność do dedukcji z twierdzeń abstrakcyjnych, przekonanie o wartości bezpośredniej obserwacji, do procedur indukcyjnych, historiozofistycznego poszukiwania wyjaśnienia „teraźniejszości z przeszłości” i nade wszystko zalet metody porównawczej, jako: „najlepszego sposobu poznawania kultury i psychiki ludów pierwotnych”³⁴. Zabiegi porównawcze w jego rozumieniu powinny obejmować całą materialną i niematerialną kulturę, a zwłaszcza regulacje normatywne, w tym prawo poszczególnych „ludów pierwotnych”. Nie należy również zaniedbywać komparatystyki wykorzystującej wiedzę o kulturach tych „przeddziejowych ludów”, zestawiając je z właściwościami kultur społeczeństw współczesnych (kultur „ludów cywilizowanych”). O tym, że takie porównywania są eksplanacyjnie wartościowe, a nawet konieczne, obaj uczeni byli całkowicie przekonani. Malinowski np. pisał: „Przetłumaczenie zasad pierwotnego prawa zwyczajowego na nasze współczesne [...], jest nie tylko możliwe, ale

Malinowskiego jest uderzające; patrz np. w tej kwestii: J.H. Turner, *Funkcjonalizm Bronisława Malinowskiego*, [w:] *Struktura teorii socjologicznej*, Warszawa 1985, s. 88 i n.

³¹ Por. S. Estreicher, *Michał Bobrzyński*, „Przegląd Współczesny” 1936, nr 165/168, s. 16.

³² *Początki prawa umownego*, op.cit., s. 3.

³³ Patrz np. uwagi Stanisława Estreichera o „*duchu Comtowskiej filozofii*”, ibidem, s. 12,

³⁴ Ibidem, s. 12. W odniesieniu do wyjaśniania danej „instytucji prawa” z jej przeszłości, warto przytoczyć tutaj następujący pogląd Estreichera: „Chcąc pewną instytucję prawną wytłumaczyć, musi się sięgnąć do czasów, w których się ona dopiero kształtuje, w których występuje niejako zaczepnie, zdobywając sobie pole rozwoju i wypierając pojęcia i urządzenia dawniejsze”, s. 24.

nawet zostało z powodzeniem dokonane zarówno w praktyce, jak i teorii. [...] Sądzę, że pod tym względem nie ma zasadniczego braku ciągłości pomiędzy naszym własnym społeczeństwem, a społeczeństwem ludów pierwotnych”³⁵.

Zanim powrócimy do metody porównawczej w ujęciu Estreichera, trzeba zauważyć, znowu z uwagi na uderzające podobieństwo tych poglądów do sformułowań Bronisława Malinowskiego³⁶, notorycznie powtarzany estreicherowski sprzeciw wobec przyjmowania dedukcyjnych, empirycznie niesprawdzalnych generalizacji i założeń, z góry przesądzających o kierunku i rezultatach dokonywanych eksplanacji (np. przez klasyków niemieckiej szkoły historii prawa czy też zwolenników różnych odmian psychologizmu lub zwolenników materializmu dialektycznego i innych)³⁷.

8. Dla Stanisława Estreichera stosowanie metody porównawczej, zarówno synchroniczne, jak i diachroniczne, miało stanowić swoiste *panaceum* na liczne ułomności nie tylko badań nad prawem, ale badań nad kulturą *tout court*, nad „życiem społecznym w całości”. W szczególności chodziło mu o sanację oportunistycznych przyzwyczajęń badaczy (w tym historyków prawa, a także etnologów), polegających na wykorzystywaniu najłatwiej dostępnych, ograniczonych czasowo, terytorialnie i merytorycznie, słabo potwierdzonych badaniami empirycznymi, materiałów źródłowych. Poważne zastrzeżenia budziło u niego również powszechne ignorowanie w procesie wyjaśniania tekstów prawnych (i ogólniej, regulacji normatywnych), dorobku badań i teorii socjologicznych, psychologicznych, ekonomicznych i politologicznych. Tak więc przykładowo, podnosząc taką właśnie krytykę odnośnie stanu badań nad „prawem ludów pierwotnych”, pisał: „I co do rozwoju prawnego, trzeba obejrzeć się za nowymi źródłami, względnie chwycić się nowej metody, jeśli dawniej znane źródła i dawna metoda nie dają dostatecznych podstaw, aby odtworzyć punkt wyjścia dla ewolucji prawnej” [...] W myśl zaś uwag poprzednio wypowiedzianych, metoda porównawcza może służyć, w znacznej części, jako najodpowiedniejsza droga do poznawania stosunków prawnych tych [to

³⁵ B. Malinowski, *Prawo, zwyczaj, zbrodnia...*, op.cit., s. 16–17.

³⁶ Por. zwłaszcza uwagi B. Malinowskiego o konieczności stworzenia „ogólnej teorii ludzkiej kultury i mechanizmu społeczeństwa ludzkiego”, ibidem, s. 7.

³⁷ Por np.: „Jest to czas, w którym bardzo silnie objawia się w nauce zwrot przeciw spekulacjom [...], a ku związaniu fenomenów umysłowych ze zjawiskami materialnymi”, [w:] S. Estreicher, *Początki prawa umownego...*, op.cit., s. 12.

jest „pierwotnych” – przyp. K.P.] społeczeństw [...]”³⁸. Natomiast wcześniej, we wprowadzających uwagach do Początków prawa umownego [...], zauważał: „Taką metodą [wolną od niedostatków metod dotychczas praktykowanych – przyp. K.P.], jest niewątpliwie w dzisiejszym stanie wiedzy metoda porównawcza, a takimi źródłami dla poznania stosunków prawnych ludów europejskich z epoki przeddziejowej są wiadomości o innych – dzisiejszych lub dawniejszych – ludach pierwotnych”. Posiadał przy tym Stanisław Estreicher wyjątkową „świadomość metodologiczną”, nakazującą mu przestrzegać badaczy stosujących techniki komparatystyczne, przed czyhającymi na nich niebezpieczeństwami: „*Metoda porównawcza* – pisał – o ile chodzi o stosunki wyższych szczebli cywilizacji, wymaga niewątpliwie wielkich zastrzeżeń i ostrożności, zwłaszcza wobec faktu, że bywa często dość lekkomyślnie i nieściśle zastosowywana: miesza się często analogie i homologie w rozwoju pewnych urządzeń społecznych i traktuje się je na równi, jako rzeczy identyczne. Nie odróżnia się podobieństwa będącego wynikiem recepcji pewnego urządzenia, od podobieństwa będącego skutkiem pokrewieństwa rasowego dwóch społeczeństw [...]”. Przy czym jednak, niemal „jednym tchem”, zaraz dodaje: „Ale o ile chodzi o metodę porównawczą co do badania ludów pierwotnych, to w dzisiejszym stanie nauki posiada ona daleko większe wyrobienie i powinna dzisiaj zastąpić wszelką spekulację w odtwarzaniu stosunków społecznych przeddziejowych”³⁹.

Dla wątpiących w epistemologiczne „pokrewieństwo” Malinowskiego i Estreichera, oddzielone – co prawda – cezurą upływającego przez ponad dwadzieścia lat czasu – pozwolę sobie przytoczyć w tym miejscu krótki cytat z wypowiedzi tego pierwszego, gloryfikującego pracę etnograficznego „terenowca”, jak zwykł mawiać o sobie samym: „Zamiast wznosić wielkie gmachy, oparte na rekonstrukcji, czy to ewolucyjnej, czy też dyfuzjonistycznej, wydawało się, że lepiej będzie zwrócić się na drogę analizy dzisiejszej rzeczywistości poszczególnych kultur. Wynikające stąd kalkulacje porównawcze doprowadziły nas do odkrycia praw rozwoju kulturalnego i do definicji zasadniczych pojęć, leżących u podstaw każdej rzeczywistości kulturalnej”⁴⁰.

³⁸ Ibidem, s. 14, 24.

³⁹ Ibidem, s. 14–15.

⁴⁰ B. Malinowski, „Prawo, zwyczaj, zbrodnia...”, op.cit., s. 4.

9. W tym miejscu dotykamy wcale nieprzypadkowego – jak mamy prawo sądzić – kolejnego i ważnego poznawczo podobieństwa pomiędzy nimi, w postrzeganiu badanej materii. Otóż Estreicher, dokładnie tak samo jak później Malinowski, borykał się z dylematem podobieństw występujących w różnych, rozdzielonych czasowo i terytorialnie kultur, zwłaszcza podobieństw „urządzeń społecznych” lub, w terminologii Malinowskiego, „instytucji”. Podobieństw, których w żaden sposób nie dałoby się wytłumaczyć jakąś praktykowaną „wymianą” lub/i kontaktami pomiędzy społeczeństwami, w których te podobieństwa zauważono. A jednocześnie obaj uczeni zafascynowani byli bogactwem całkowicie odmiennych regulacji normatywnych (w tym prawnych), rozwiązań organizacyjnych, obiektów materialnych, wyobrażeń, wartości i poglądów, odkrywanych sukcesywnie przez badaczy „terenowych” w społecznościach (plemionach), pozostających ze sobą w bliskich (relatywnie bliskich), sąsiedzkich kontaktach. Wynikały stąd niemałe komplikacje, bo obaj uczeni byli przekonani o zachodzeniu w rzeczywistości społecznej uniwersalnych, „ogólnych praw, rządzących procesami [...] kształtującymi rzeczywistość kultury”, których odkrycie: „jest i pozostanie naukowym zadaniem etnologii”⁴¹.

Stanisław Estreicher akurat „poradził” sobie ze znalezieniem rozwiązania tego dylematu (trudnych do wyjaśnienia zbieżności i równie trudnych pod tym względem, „niewytłumaczalnych” różnorodności kulturowych), w bardzo nowoczesny, można by powiedzieć, weberowski sposób. Najlepiej uciec się tutaj do cytatu: „[...] nie jest zgodne z podstawą kierunku porównawczego konstruować dla każdego ze społeczeństw odmienny schemat jego rozwoju; owszem należy przypuszczać, że schemat osiągnięty dla pewnego narodu da się także zastosować do zrozumienia rozwoju [...] innych narodów. Naturalnie jest tu mowa o schemacie: szczegóły rozwoju będą zawsze odmienne”⁴².

Estreicherowski „schemat”, konstruowany jako uogólnienie powtarzających się, „istotnych” podobieństw, znacząco przypomina później sformułowaną i powszechnie znaną metodologom badań społecznych, koncepcję „modeli idealnych”, Maxa Webera.

Estreicherowskie konstatacje poczynione w kontekście badań nad historią prawa umownego, Malinowski, z widoczną analogią, powtórzył potem przy roztrząsaniu problemu „istnienia prawa pierwotnego”, zastrzegając się, że argument

⁴¹ Ibidem, s. 5.

⁴² *Początki prawa umownego*, op.cit., s. 25.

o jego istnieniu – co uważał za oczywiste – jak i ewentualnie jego zaprzeczenie, nie może polegać na wykazaniu literalnego podobieństwa lub przeciwnie, nieuzasadnionej odmienności treści uregulowań pradawnych z prawami współczesnymi, ale na empirycznym stwierdzeniu faktu występowania we wszystkich: „społeczeństwach zróżnicowanych [czasowo bądź kulturowo – przyp. K.P.], wielkich instytucji prawnych [...], ustawodawstwa, sądów lub innych organów orzeczeń [...], ramienia sprawiedliwości wymierzającego kary, [...] policji, czy to tajnego stowarzyszenia lub najętych zabójców, którzy wykonują orzeczenie prawa”⁴³.

10. Jeżeli, co staramy się uprawdopodobnić, pomiędzy Stanisławem Estreicherem a Bronisławem Malinowskim zachodziła, w dającym się określić stopniu, relacja „mistrza do ucznia”, to z pewnością, jak już zaznaczono, nie może i nie powinna być ona uzasadniana literalnym podobieństwem używanej przez nich terminologii, albo równokształtnym brzmieniem ich twierdzeń. Należałoby natomiast odwoływać się do wyraźnej odpowiedniości przyjmowanych przez nich ogólnych założeń badawczych i bliskością konkretnych rozwiązań merytorycznych. Nie bez znaczenia jest również podobny, a nawet niekiedy taki sam, sposób postrzegania przedmiotu badań. Przy przyjęciu takiej argumentacji warto zwrócić uwagę na jeszcze jedną, znowu raczej nieprzypadkową, ale kto wie czy nienajważniejszą analogię w pracach obu uczonych, zazwyczaj niedostrzeganą. Nazwijmy ją normatywnym esencjalizmem⁴⁴. Otóż z najrozmaitszych fragmentów ich prac, u Estreichera dotyczących głównie, lecz nie tylko, kształtowania się prawa umownego, u Malinowskiego w szczególności prawa własności (indywidualnej) i stosunków rodzinnych, wyłania się mocne przekonanie, iż prawo, ale i analogicz-

⁴³ Patrz: B. Malinowski, *Prawo, zwyczaj zbrodny...*, op.cit., s. 46–47.

⁴⁴ Można by również, nie bez wskazania na odpowiednie fragmenty prac obu uczonych, ukuć termin „esencjalizm kulturowy”, który tym razem sprowadzał by się w uproszczeniu do przekonania, iż kształt całej kultury dowolnego społeczeństwa jest następstwem reaktywno-przystosowawczych procesów, wywołanych zmieniającymi się warunkami zaspokajania potrzeb („podstawowych i pochodnych”), a nie zamierzonych, planowanych, świadomie wprowadzanych innowacji, o znaczeniu pod tym względem, drugorzędnym. W tym sensie kultura jest dla nich obu przede wszystkim wytworem naturalnym a nie wolicjonalnym. Stąd też kultura podlega „naturalnym”, „obiektywnym” i „powszechnym” prawom, których „odkrycie” jest zadaniem uczonych, kulturę badających. Zawężając „esencjalizm normatywny” do prawa, które, jak ujmuje to Malinowski, „jest zasadniczym prerokwizytem wszystkich procesów kulturalnych” (ibidem, s. 19), wydaje się być uzasadnione wprowadzenie terminu „esencjalizm prawny”. Pogląd, oznaczony tym terminem, jest znowu wspólny z Estreicherem.

nie wszystkie inne rodzaje regulacji normatywnych, opierają się, niezależnie od czasu i miejsca ich występowania, na jednej podstawowej regule postępowania, na jednym „imperatywie”, na jednej „idei ogólniejszej natury”, stanowiącej, jak to określimy nawiązując do poprzednio ukutego terminu, „esencję powstawania obowiązków normatywnych”⁴⁵. Na zasadzie, z której można wyprowadzić treść i uzasadnić „moc obowiązującą” każdej, funkcjonującej w praktyce społecznej normy. Stanisław Estreicher, odrzucając np. pomysły w rodzaju „ducha narodu” lub uniwersalnych właściwości psychicznych *homo sapiens*, odwołuje się tutaj do powszechnej, chociaż zmieniającej się w procesie ewolucji, co do swoich form, konieczności niesienia sobie wzajemnej pomocy, która generuje odpowiednie współdziałanie, i w konsekwencji prowadzi do wymiany świadczeń i dóbr. Uporządkowana normatywnie, ze względów czysto praktycznych, zbiorowa egzystencja społeczna, jest możliwa pod warunkiem „dochowania bratu twemu dobrej wiary, pod grozą reakcji ze strony wszystkich z tobą zbratanych, pod grozą wyłączenia cię z solidarności i łączności wiążącej całą grupę”⁴⁶.

Charakterystyczne przywoływanie przez Malinowskiego zasady *do ut des*, jako gwarancji „uczciwego wywiązywania się ze wzajemnych zobowiązań”⁴⁷, zasada się na takiej samej, co do jej sensu, idei („zasadzie”, „imperatywie” „regule” itp., w zależności od użytego sformułowania), idei, realizującej się w dotrzymywaniu wzajemności, we wszystkich stosunkach składających się na porządek społeczny. Z łatwością więc znajdujemy w jego pracach sformułowania w rodzaju: „Musi on [człowiek – przyp. K.P.], współdziałać, a współdziałanie oznacza zawsze istnienie jakiegoś zespołu ludzi, zjednoczonych jakąś wspólną zasadniczą ustawą, to znaczy zespołem praw, regulujących ich zachowanie się względem siebie”⁴⁸; [...] w pierwotnym współdziałaniu, głównym motywem jest określony

⁴⁵ Zauważmy, iż Estreicher posługiwał się, co prawda, innym terminem: „istota prawa”, ale w znaczeniu bardzo zbliżonym, np.: „To te wieczne potrzeby i środki są zaś właśnie tą stroną zjawisk, której poznanie wprowadza chyba najgłębiej w istotę prawa”, [w:] *Początki prawa umownego...*, op.cit., s. 169.

⁴⁶ Por. S. Estreicher, [w:] *Początki...*, op.cit., s. 46 i n.

⁴⁷ Por. B. Malinowski, [w:] *Prawo zwyczaj zbrodnic...*, op.cit., s. 21 i n.

⁴⁸ Ibidem, s. 18. Dodajmy, że „prawo” dla Malinowskiego jest w tej, i wielu innych wypowiedziach, terminem oznaczającym każdy rodzaj regulacji; zgodnie z jego nieukrywaną niechęcią do przywiązywania nadmiernej uwagi do nazw określających różne rodzaje norm, np.: „Czy użyjemy słowa »prawo«, czy zastąpimy je jakimś innym wyrażeniem, jest rzeczą małej wagi. Nasze własne prawo jest niczym innym, jak zwyczajem o zasadniczej mocy obowiązującej, zwyczajem, który zabezpiecza sprawne funkcjonowanie naszych instytucji [...]”. Ibidem, s. 16 i gdzie indziej.

system wzajemnych zobowiązań [...], w którym potrzeba współdziałania idzie ręką w rękę ze zrozumieniem własnych interesów, przywilejów i korzyści”⁴⁹ [...]. Zasada wzajemności [...] systematyczna współzależność wzajemnych usług, stanowią podstawę mocy prawa u wszystkich społeczeństwach ludzkich [...]”⁵⁰.

Uprzedzając możliwe zarzuty, iż Bronisław Malinowski mógł z jakiegoś innego niż krakowskie środowisko prawnicze, „zapożyczyć” (przyswoić sobie), powyższe przekonania, zauważymy że „esencjalizm prawny” był akurat typowy dla niemal wszystkich wybitnych przedstawicieli niemieckiej teorii i filozofii prawa, końca XIX w., a na ziemiach polskich w zaborze austriackim, był propagowany i rozwijany właśnie w „krakowskiej szkole historii prawa”, przede wszystkim przez Lotara Darguna, a potem przez wykładającego *ex cathedra* „Historię państwa i prawa niemieckiego”, Stanisława Estreichera⁵¹. Przez cały okres wydarzeń I wojny światowej, a potem w latach dwudziestych XX w., gdy Bronisław Malinowski prowadził „badania terenowe” i pisał swoje podstawowe dzieła, nie miał (i nawet nie mógł mieć), żadnych kontaktów z jakimś innym środowiskiem prawniczym, z którym dokonywałby wymianę myśli, koncepcji, poglądów. Wygląda więc na to, że jego „esencjalizm prawny” pochodził z „krakowskiego” źródła, z czasów wsłuchiwania się w wywody Stanisława Estreichera. I tak np. porównując znaną krytykę Malinowskiego rozmaitych etnologicznych koncepcji pierwotnych form małżeństwa (przede wszystkim tzw. małżeństwa zbiorowego), trudno oprzeć się wrażeniu, że przytoczone tam argumenty są niemal literalnie zaczerpnięte z koncepcji pierwotnej umowy własności, pióra Stanisława Estreichera⁵².

Konkludując, esencjalizm normatywny (prawny) ich obu, wykazuje następujące wspólne przekonania:

- a) prawo, jako dający się (empirycznie) wyodrębnić rodzaj regulacji i instytucji („urządzeń”) normatywnych, towarzyszy od zarania dziejów

⁴⁹ Ibidem, s. 26.

⁵⁰ Ibidem, s. 54

⁵¹ Patrz: *Studia z dziejów Wydziału Prawa...*, op.cit., s. 228 i n.; także M. Maneli, *Historia doktryn polityczno-prawnych XIX wieku*, cz. II, Warszawa 1966, s. 67 i n., 90 i n. Warto też odwołać się do opinii Grzegorza L. Seidlera, który zauważa, że w anglosaskiej myśli prawniczej nie „zadomowiło się” w tym samym czasie (XIX w.) „zagadnienie istoty prawa”. Patrz np. *Doktryny prawne imperializmu*, Kraków 1957, s. 116 i n.

⁵² W szczególności stwierdzenie Malinowskiego, że: „W żadnej społeczności małżeństwo nie jest nigdy niczym innym jak indywidualną, osobistą umową [...]”, [w:] *Prawo, zwyczaj, zbrodnia...*, op.cit., s. 32; por. u Estreichera, [w:] *Początki prawa umownego: „wytwarzanie się” umownej solidarności pomiędzy jednostkami w „grupach ściślejszych”*, s. 15, 169 i n.

wszystkim formom organizacyjnym ludzkich zbiorowości. Jest obecne u ludów prymitywnych w swojej „pierwotnej”, słabo rozwiniętej i dlatego trudnej do identyfikacji postaci, ale wciąż podlega procesowi ewolucji;

- b) ewolucja prawa jest integralną częścią ewolucji danej kultury;
- c) ewolucja kultury – odpowiednio prawa – odbywa się w sposób zróżnicowany co do swojego tempa i innych właściwości, ale możliwe jest „odkrycie” pewnych wspólnych dla wszystkich społeczeństw i czasów, ogólnych schematów ewolucyjnego rozwoju prawa;
- d) wszędzie, w dowolnej zbiorowości, prawo pojawia się wraz z możliwością kształtowania praw i obowiązków przez same zainteresowane jednostki, w następstwie jakiegoś stopnia i rodzaju osiągniętego przez nie usamodzielnienia się („upodmiotowienia się jednostek”). Źródłem treści regulacji prawnych są różne formy ustaleń pomiędzy zainteresowanymi jednostkami (np. umowa) albo jednostronna reakcja instytucji władzy, na zewnętrzne zagrożenia dla całej społeczności lub wewnętrzne naruszenia akceptowanego w niej porządku;
- e) prawo emancypuje się (identyfikuje się i wyodrębnia) od innych regulacji normatywnych w powolnym, niekończącym się procesie. Jest to następstwo zmian dokonujących się w sposobie gwarantowania przestrzegania przez daną społeczność określonych reguł postępowania. Reguły postępowania stają się „prawne”, gdy w miejsce gwarancji ich przestrzegania, opartych na konieczności zachowania dobrej opinii (prestżu, pozycji) przez jednostkę w jej zbiorowości, groźbie kary ze strony bytów transcendentnych („bogów”), strachu przed narażeniem się na karzącą reakcję całej społeczności, zaczyna również funkcjonować dodatkowa i osobna gwarancja, polegająca na uruchomieniu sankcji przez instytucję władzy (władzy politycznej). Instytucję stojącą na straży poszanowania tych właśnie reguł postępowania. Dodajmy, reguł nie koniecznie przez wszystkich członków danej zbiorowości, i w niejednakowym stopniu, akceptowanych, a także, wcale niebezwzględnie i „automatycznie” przez wszystkich przestrzeganych;
- f) zjawiskiem generującym dowolny zbiór reguł postępowania, „esencją porządku normatywnego”, jest zauważalne w każdej społeczności, regularne przestrzeganie zasady wzajemności (odwzajemniania się),

w każdym rodzaju związków (stosunków) pomiędzy członkami („elementami”), danej społeczności.

11. Mimo powyższych wywodów pozostaje oczywiście kwestią nadal nieostatecznie przesądzoną, doniosłość wpływu jaki Stanisław Estreicher wywarł na założenia badawcze i koncepcje Bronisława Malinowskiego. Zwłaszcza te z nich, które dotyczą etnologicznych badań nad prawem. Z pewnością jednak już to, co udało się w tej mierze tutaj zauważyć i tylko zaznaczyć, wpływ taki uprawdopodobnia w stopniu uniemożliwiającym zaprzeczenie jego zachodzenia. A przy okazji pozwala współczesnym antropologom prawa, historykom i teoretykom prawa, nie tylko w Polsce, ale i na świecie uzmysłwić sobie, jak bardzo ich „nowe” pomysły i ustalenia przypominają dawno już sformułowane.

SUMMARY

In the paper, its author aims to show the degree to which the influence of just a single person, Stefan Estreicher, shaped the earliest knowledge of a student, fresh science graduate and young PhD at the Jagiellonian University, Bronisław Malinowski; the influence of a man that Malinowski deemed to be his master, “his professor”, and, with time, his good friend. We quote Stanisław Estreicher’s most important thoughts, which were often common truths of his times and, to an even higher extent, of the intellectual circles he belonged to. They later appeared in Bronisław Malinowski’s works, often in their edited versions or as specific “reference points” in the issues he addressed.

Keywords: Bronisław Malinowski, Stanisław Estreicher, Jagiellonian University, law of pre-state societies, naturalism, evolutionism